

5206 df 30
1-4
DISPUTATIO JURIDICA,

Ad Tit. XIII. Lib. XLIII. DIGEST.

Ne quid in publico Flumine fiat, quo aliter
Aqua fluat atque uti priore Æstate fluxit.

Q U A M,

FAVENTE NUMINE,
EX AUCTORITATE CLARISSIMI AC CONSULTISSIMI VIRI
D. HENRICI DUNDAS,
DE MELVILL,
INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ DECANI:

NEC NON

5206
df 30
Ex ejusdem FACULTATIS Consensu et Decreto,
Pro ADVOCATI Munere consequendo,
Publicae Disquisitioni subjicit

JOANNES ERSKINE, A. M. *Auct. et Resp.*

Ad diem 24. Februarii, hora locoque solitis.

E D I N B U R G I:

Apud BALFOUR et SMELLIE,
Facultatis Juridicæ Typographos.

Nec non apud GULIELMUM GIBB in Ædibus Parliamentariis.

M,DCC,LXXXI.

EDINBURGI, 13. Februarii 1781.

Imprimatur,

JO. MACLAURIN.

JOHN DICKSON.



BENEVOLENTIÆ QUASI PATERNÆ

MEMOR,

T H O M Æ,

COMITI DE KINNOULL,

&c. &c. &c.

POST

SUMMA REIPUBLICÆ MUNERA,

DOMI FORISQUE,

FIDELITER ET FELICITER

OBITA,

DE REGE, DE PATRIA, OPTIME MERITO,

OTIO CUM DIGNITATE

FRUENTI,

TALIBUS GAUDENS AUSPICIIS,

EA QUAPAR EST OBSERVANTIA,

D. D. Cq.

JOANNES ERSKINE.

To Math. Montagu Esq
from his Obedt Serv^t
J. C.

DISPUTATIO JURIDICA,

Ad TIT. XIII. LIB. XLIII. DIGEST.

Ne quid in publico Flumine fiat, quo aliter
Aqua fluat atque uti priore Æstate fluxit.

P R O O E M I U M.

PRÆCLARUM extat Romani nominis monumentum, Corpus Juris Civilis: Nam, si intelligendus est civitatum progressus ex legibus, ab ipsis conditis, quod minime dubitandum est, videntur Romani, ad culturam artium, et juris excellentiam, pari passu pervenisse.

B

MIRUM

6 DISPUTATIO JURIDICA,

MIRUM quidem videtur, gentem, etiam ex cunatulis bello occupatam, legibus condendis tam inclytam evasisse.

PRIMIS enim temporibus, constat, Romam ex colluvione hominum sceleratorum, hinc inde glomerata, ortam; et perpaucis annis sese amicum honorabilem, et hostem infestum, gentibus finitimis praebuisset. Mediis temporibus cernere erat ducem et legislatorem in eodem homine conjunctos; ac denique, in aureo Augusti saeculo, saepissime philosophum, rhetorem, jurisconsultum, et consulem, in eadem persona simul vigentes.

VARIA rerum fortuna, et imperii mutationes, culturae juris multum proderant. Nam, regibus imperantibus, leges *vim* potestatis nactae sunt; re publica vigente, *vigorem* ex libertate acquirebant; et consulare imperium hisce *stabilitatem* adjecit, quam nec ardor civium prava jubentium, nec
longa

longa tyrannorum series, potuit delere. Quirites demum, facti terrarum domini, legesque eorum maximam noti orbis partem amplexae, omnium multo ampliffimae evaserunt.

EGREGIUM extat exemplum juris culturae officium Praetoris, qui, provectiore statu reipublicae, praeerat legibus, non solum ex jure stricto judicare, sed et defectum ejus supplere, et excessus corrigere : Ejus erat casui cuique insolito providere, et omni damno a legibus omisso remedium invenire ; de rebus publicis, sacris, portis, fluminibus, &c. interdicere, ne, his neglectis, quid detrimenti respublica caperet.

UTI de tali Praetoris interdicto nostrum est differere, non alienum videtur pauca de ipsius origine et muneribus monere.

ORTUM

8 DISPUTATIO JURIDICA,

ORTUM est officium Praetoris, ut testatur Livius, *L. 7. c. 1. A. U. C. 389.* Spurius Furius primus ea dignitate potitus est. Constat, huncce magistratum ex jurgiis inter patres et plebes originem sumpsisse: Ex auctoritate etiam Livii; (*L. 7. c. 1.*) “Hos sibi,” ait, “patricii quaesivere honores, pro concessu plebi altero consulatu.”

SED hoc munus etiam a plebeio homine susceptum invenimus; *A. U. C. 416. (Livius, L. 8.)*

SUB belli Punici primi tempora, duo fieri coeperunt Praetores; quorum alter urbanus, alter peregrinus, ex muneribus, nuncupatus fuit; ΣΤΡΑΤΗΓΟΣ ΕΠΙ ΤΩΝ ΞΕΝΩΝ appellatur; (*apud Gruterum inscript. 3. p. DIII.*) et PRÆTOR QUI INTER CIVES ET PEREGRINOS JUS DICEBAT; (*Reines. Inscr. class. 7. No. 10.*)

POSTERIS

PRÆTOR urbanus omnibus caeteris, et dignitate et aetate, antecellebat ; nam, absentibus consulibus, summo in urbe imperio fungebatur, sicuti consules ; utebatur praetexta, sella curuli, ministris, scribis, accensis, &c. *Cicer. Orat. de lege Agraria.* Lictores praeibant in provinciis sex. Apud eum lege agi poterat, non autem apud Praetorem peregrinum. Omnes Praetores, cujuscunque gradus insigni, hastae utebantur.

JURISDICTIO Praetoris in tribus hisce verbis, Do, Dico, Addico, comprehensa erat.

DABAT enim actionem et exceptionem ; dabat bonorum possessionem ; dabat judices, arbitros, recuperatores ; dabat etiam tutores ex lege Attilia.

DICEBAT viam in vindiciis, dicebat interdicens, (uti in hoc titulo), quoties de possessione age-
C batur ;

batur; indicebat, advocata concione, si quando terra in urbe tremuisset.

ADDICEBAT denique, veluti facta in jure cessio-
ne, mancipatione, caeteris.

SOLUM diebus fastis Praetori permittebatur haec munera obire; diebus nefastis non dabatur. Uti testatur Ovidius,

*Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur,
Fastus erit per quem lege licebit agi.*

Ovid. Fast. 10. 47.

SOLIS ergo diebus fastis integris, et intercisis pomeridie, Praetor sui faciebat copiam.

SOLEBAT alios dies postulationibus, alios cognitionibus, alios decretis, alios manumissionibus, alios aliis actibus, destinare; *Ulpian. lib. 38. tit. 15.*

§ 1.

§ 1. et 2. *Dig.* et, ad jus dicendum in provinciis, praefides provinciarum, certis annorum mensibus, conventum five forum indicebant.

JURISDICTIO haec Praetoris in duas partes proprie dividitur; nam constabat totidem partibus vel in decreto, vel in judicis datione.

SI enim de jure disceptabatur, Praetor jus dicebat extra ordinem.

SI de facto, judex dabatur.

JUS dicebat Praetor, aut pro tribunali, vel de plano.

PRO *tribunali* jus dicebat, quoties in loco excelso sedebat; vel de plano, ubi actus voluntariae jurisdictionis exercebat, quos etiam in via, vel saepissime domi, fiebat, vel quando postulantibus respondebat.

QUOTIES

QUOTIES pro tribunali jus dicebat Praetor sella curuli, posita hasta, causas cognoscebat. Unde Martial

*Sedeas in alto tu licet tribunali,
Et e curuli jura gentibus reddas.*

MART. *Epig.* 99. *lib.* XI.

PRÆTOR jus dicebat ex jure honorario. Uti Praetor creatus fuit, rigores stricti juris lenire, miseris succurrere, et oppressis opem ferre, jus ex norma aequitatis dicebat.

SED ne ultra omnium legum limites transiliret, sibi edictum in albo proposuit, quomodo eo anno jus esset dicturus.

UTI edicta Praetoris semper annua, saepe varia erant; ut jus magis stabiliretur, lata erat lex Cornelia, *A. U. C.* DCLXXXVII. qua cautum erat, ut
Praetores

Praetores ex edictis perpetuis jus dicerent, neque per integrum annum quidquid in iis mutarent ; unde, temporibus Ciceronis, fons eveniebat jus praetorium, unde hauriebant saepissime jurisconsulti responsa. Edicta antecessoris tralatitia, successoris nova, appellata erant.

EDICTA Praetorum perpetua, Augusto imperante, a Caio Julio Ofilio collecta fuerunt ; sed sine auctoritate, nec unquam publicata, donec, Hadriano Imperatore, Salvius Julianus, maximae existimationis vir, in unum codicem conflavit circa ann. CXXX. et sub auspiciis ejusdem Imperatoris in lucem edidit. Hujus codicis extant solum fragmenta, tanquam fractae in naufragio tabulae, hinc inde in Digestis.

INTERDICTA speciatim Praetori propria sunt, de quibus nobis solum agendum ; sunt haec possessoria vel prohibitoria ; illa, causa adipiscendae, re-

D cuperandae,

cuperandae, vel restituendae possessionem erant instituta.

HÆC interdicta, certis formulis dedit Praetor, e. g. ' UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM, ' Q. D. A. (i. e. quo de agitur), QUOD NEC VI, NEC ' CLAM, NEC PRECARIO, ALTER AB ALTERO, ' POSSIDEATIS, ADVERSUS EA VIM FIERI VETO.'

PROHIBITORIA et restitutoria saepissime de rebus sacris, religiosis, publicis, agebant, si qua vis in iis vel facta esset vel metuatur, et ne quid fiat ad eorum incommodum; quorum natura ex sequentibus thesibus, facile erit videre.

T H E S I S I.

IN hoc titulo, ne quid in publico flumine fiat, quo aliter, &c. duo a Praetore proponuntur edicta, unum prohibitorium, alterum restitutorium:

um : Prohibitorium damnum infectum in flumine publico respicit, et ita se habet : ‘ In flumine publico, inve ripa ejus, facere, aut in id flumen ripamve ejus immittere, quo aliter aqua fluat quam priore aestate fluxit, veto.’

Ex hoc interdicto patet, Praetorem, ne derivationibus aquarum flumina publica excrecant, vel alvei mutarentur, quo vicinis damnum oriretur prohibuisse ; § 1. *h. t.*

T H E S I S II.

HOC Interdicto, non distinguitur, utrum flumen sit navigabile, necne, dummodo publicum sit ; nec solus is, qui immisit aquam, vel fecit opus aliquod, interdicto tenetur, sed et ille qui in causa est ut aqua *aliter fluat*, quam priore aestate fluxit. Aliter autem fluit aqua, sine incremento, quum

quum fiat depreffior, vel arctior, ac proinde rapidior fit, cum incommodo accolentium; § 2. 3. *b. t.* Tenetur itidem is, qui ex rivo tecto per apertum ducere velit, et e contra qui ex aperto rivo nunc per opertum ducere velit, modo hoc factum ejus colentibus circa incommodum afferat; §. 4. *b. t.*

T H E S I S III.

DISPUTABATUR, an et is hoc interdicto teneretur, qui causa ripae muniendae aliquid fecit, quo cursus aquae mutaretur, unde incommodum publicum sequeretur. Nonnulli enim dicebant, ‘ Ripas cum incommodo accolentium, ne vel muniendas esse :’ Ulpiani tamen sententia melior est, ‘ ut Praetor, causa cognita, aestimet, an exceptio ripae muniendae danda esset ei, qui ripas muniendo fuit in causa ut cursus mutaretur, utque haec exceptio ex utilitate competeret. Nam damnum, ‘ ruptis

* ruptis ripis, non minus quam ex cursu mutato,
‘ metuendum est ;’ § 6. *h. t.*

T H E S I S IV.

HIC quaestio superiori persimilis tractatur,
an is, qui causa sui commodi ripas munivit, nimirum, ut damnum evitaretur, si ex opere ipsius incommodum accolentibus accideret: Causa dubitandi est, quod commodum privatum publico cedere debet: Sed responderi potest, utilitatem privatorum quoque spectandam esse: Et is qui flumen aggeribus munivit, quia grande damnum fortasse antea ex inundatione senserit, proinde hic quoque aequum censendum ut ei, data exceptione, consulatur, viz. utilitas et tutela facientis, sine injuria utique accolarum spectanda est; § 7. *h. t.*

E

T H E S I S.

T H E S I S V.

IN fine hujus prioris interdicti, aestimatur fluxus aquae per cursum priore aestate. Ratio subjungitur, quia certior est naturalis cursus fluminum aestate, quam hieme, et fluxus proximae praeteritae, quam instantis aestatis, indubitator est. Aestas in hac quaestione ad aequinoctium autumnale refertur; et si forte, aestate ipsa, interdicetur, proxima superior aestas erit intuenda; § 8. *b. t.* Interdictum hoc cuivis ex populo competebat: Datur etiam adversus eum qui deneget, ut aliter aqua flueret, cum jus non haberet; § 9. *b. t.* et in haeredes competit; § 10.

T H E S I S

T H E S I S VI.

INTERDICTUM denique restitutorium de eadem re inspiciendum est. ‘ Quod in flumine publica, ripave ejus, factum, five quid in flumine ripave ejus immissum habes, si ob id aqua aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit, restituas.’

Hoc igitur interdictum ad ea pertinet quae jam facta sunt, quemadmodum prius respicit futura. Ex alterutro coercebitur is, qui, quidquid fecit post interdictum, a Praetore datum, et in restitutorio etiam venit id quod dolo factum est quo minus haberet; § 11. 12. 13. *h. t.*

A N N E X A.

A N N E X A.

I.

In rerum vindicationibus, aëtori semper incumbit probatio.

II.

Libertatis venditio non valet.



III.

Querelae inofficiosi, vivo testatore, non potest renunciari.

IV.

Viam publicam populus non utendo amittere non potest.

V.

De controversia testamentaria, tabulis nondum inspectis, transigi non licet.

VI.

Fides hostibus, praedonibus, piratis, data, servanda est.

